

万国强化班三国法同堂笔记（二）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/482/2021_2022__E4_B8_87_E5_9B_BD_E5_BC_BA_E5_c36_482001.htm

一、国家是国际私法的特殊主体，其特殊性详见《教材》p507。

1. 国家是主权者
2. 国家是以国际民商事法律关系的主权者和当事人的双重身份出现的
3. 国家从事民商事活动是由其授权机关或者是负责人以国家的名义进行民商事活动的
4. 国家负无限责任
5. 国家及其财产享有豁免权（核心内容），见《教材》p508

豁免分为司法豁免、行政豁免、税收豁免等或者分为管辖豁免、诉讼程序豁免、执行豁免

二、国家豁免的理论

- 1、绝对豁免主义（我国所坚持的）
- 2、限制豁免主义，即国家仅在从事公法行为时可以豁免，在从事民商事活动时不得豁免。限制豁免主义为国际通行理论

国家豁免的原则：国家参与国际民商事活动时可以享有他国的司法管辖和执行豁免，但仍然应该承担其民商事法律义务和责任。

三、国际组织

国际组织作为国际民商事法律关系的主体的特点：

- 1、国际组织以其本身名义进行民商事活动，承担有限责任。
- 2、政府间的国际组织享有一定的特权和豁免权。

四、外国人的民商事法律地位问题

国民待遇的三种表现形式：1) 无条件的；2) 互惠的；3) 特定的。

最惠国待遇的分类：1) 互惠的和非互惠的；2) 有条件的和无条件的；3) 双边的和多边的。

最惠国待遇的例外：1) 一国给予邻国的特权和优惠；2) 边境贸易和运输方面的特权与优惠；3) 有特殊历史、政治、经济关系的国家之间形成的特定的特权和优惠；4) 经济集团内部各个成员互相给予对方的特权和优惠（对中国影响最大）。

优惠待遇：一

国为了某一个目的给予外国自然人及其法人以特定的、比本国国民还要优惠的一种待遇。中国对待外国人在境内从事民商事活动所给予的两个待遇：国民待遇和最惠国待遇

第三章 法律冲突、冲突规范和准据法

一、法律冲突

法律冲突的概念：

从广义上讲，它是调整同一社会关系或者是解决同一问题的不同法律制度由于各自内容的差异和位阶的高低而导致的相互效力上的抵触。法律位阶的冲突专门是指我国大陆和港澳台地区的法律冲突

法律冲突的类型：

- 1) 公法冲突和私法冲突；
- 2) 空间法律冲突、时际法律冲突和人际法律冲突；
- 3) 平面冲突和垂直冲突

法律冲突产生的原因：

- 1) 各国民商事法律制度不同
- 2) 各国人民之间存在着正常的民商事活动交往
- 3) 各国承认外国人在内国享有平等的民商事法律地位
- 4) (冲突产生的直接原因) 各国在一定的条件下承认外国民商事法律在内国有域外效力

二、冲突规范

(一) 冲突规范的结构

例：“不动产的所有权适用不动产所在地法” 《民法通则》144条

冲突规范由“范围”和“系属”构成

冲突规范的范围是指在一条冲突规范当中指明该条冲突规范是用来解决哪一类涉外民商事关系的那部分，例中的“不动产的所有权”就是范围。

冲突规范的系属是指范围内所涉及的涉外民商事法律关系应该适用哪国法律的那部分，例中“适用不动产所在地法”就是系属。

系属包括：准据法和连接点

准据法是结合具体案情出现的，是指被一条冲突规范所援引的，最终用来确定当事人之间权利义务关系的某一个国家的实体法。

准据法是系属所指引的法律

连接点连接的是准据法和范围，连接点决定了范围内所要调整的涉外民商事关系为什么要去适用某一国家实体法的那个决定性因素。

(二) 冲突规范的类型

按照系

属不同的分类：单边冲突规范和双边冲突规范

单边冲突规范是指直接规定适用某一国法律的冲突规范，包括内国法和外国法。如，《民法通则》143条“定居国外的中国公民的民事行为能力可以适用定居国法”

双边冲突规范是指系属并没有直接规定适用内国法还是外国法，仅仅规定了一个可以推定的系属。双边冲突规范又可以分为：1) 一般形式的双边(单系属) 2) 特殊形式的双边(多系属) 特殊形式的双边又分为：1) 重叠适用的法律冲突 例如：外国人在中国领养孩子，同时适用收养成立地法和收养人所在地法。 2) 选择适用的法律冲突 选择适用的法律冲突又分为：1) 有条件适用(有顺序的) 2) 无条件适用(无顺序的) 任何一个冲突规范只有一个范围，但是可以有多个系属连接点的分类：客观的和主观的；动态的和静态的

三、系属公式

系属公式是指公式化固定化的系属

- 1) 属人法，以当事人的国籍、住所或是惯常居所作为连接点的系属，解决当事人的身份、能力、亲属、继承等法律关系。
- 2) 物之所在地法，以物之所在地为连接点。
- 3) 行为地法，以各种行为发生地作为连接点，解决最广泛的法律问题。
- 4) 当事人合意选择，合同当事人约定选择解决法律适用问题。
- 5) 法院地法，解决程序问题。
- 6) 最密切联系地法
- 7) 旗国法，解决船舶航空器的法律问题。

四、准据法

(一) 准据法的概念见《教材》p525

(二) 准据法的特点见《教材》p525 ~ p526

- 1、通过冲突规范指引
- 2、实体法
- 3、只能在具体案件中确定

(三) 准据法的确定

- 1、时际法律冲突时准据法的确定
- 1) 本国的冲突规范有变化
- 2) 冲突规范所指引的外国法发生变化
- 3) 当事人的国籍或是住所等连接点发生了变化
- 2、人际法律冲突时准据法的确定 我国并没有法律作出规定
- 3、

区际法律冲突时准据法的确定 见《教材》p528 原则：依法应当适用外国法的适用外国法作为准据法，外国法没有作出规定的适用最密切联系地法。区际法律冲突的6种解决办法，见《教材》p528

- 1) 按照外国的“区际私法”确定
- 2) 法院直接依据冲突规范的连接点确定
- 3) 依据最密切联系原则确定
- 4) 以当事人的住所地法、居所地法或是所属地方的法律代替本国法
- 5) 采用国际私法的规定确定准据法
- 6) 以首都所在地法作为准据法

第四章 适用冲突规范的制度 本章内容没有可记忆的条文，重点在于理解5个制度，此5个制度的功能在于：排斥适用外国法和准确适用外国法。

一．识别识别的概念，见《教材》p531例1：乘坐公共汽车，由于紧急刹车，一位乘客摔断了腿，此案件是一个合同纠纷还是侵权纠纷，不同国家有不同规定，由此产生了识别问题。例2：夫妻中一方先死，则其共同财产如何处理，有国家认为夫妻只存在共同财产，而有些国家认为夫妻之间可以相互继承，由此也产生识别问题。识别，即同一个民商事关系，不同国家的定性和分类不同，导致援引不同的冲突规范，不同的冲突规范则导致援引不同国家的实体法，由此，法官必须依照某一国的法律对其进行定性和分类。识别的作用：排斥外国法的适用 保证公正的解释和援引外国法 识别的过程：定性的过程??》

解释的过程 识别的依据：依法院地法进行识别 依准据法进行识别 分析法学和比较法学 个案识别 二级识别 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

www.100test.com